الحلول التطبيقية لقواعد التنازع

يمكن تصنيف الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري إلى ما يلي:

- **الفئة الأولى**: تشمل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية
- **الفئة الثانية**: تشمل الالتزامات العقدية
- **الفئة الثالثة**: تشمل الالتزامات غير العقدية
- **الفئة الرابعة**: تشمل المسائل المتعلقة بالأموال

أولا- الحلول الوضعية في شأن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

1- الحالة

تنص المادة 10/1 من القانون المدني الجزائري المعدلة عام 2005 على أنه يسري على الحالة المدنية للأشخاص قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، وهو ما يعني أن حالة الشخص تخضع لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها.

والمقصود هنا الحالة المدنية للشخص الطبيعي والتي تتعلق باسمه وموطنه ومركزه من أسرته باعتباره أبا أو زوجا أو أخا، ومن حيث كونه راشدا أو قاصرا، سليم العقل أو مصابا بعاهة عقلية، متزوجا أو أرمل أو أعزب، كما أن الحالة المدنية للشخص تشمل أيضا صفته الدينية من حيث كونه مسلما أو مسيحيا أو يهوديا، لا سيما في الدول الإسلامية التي تمنح الدين أهمية خاصة، تؤدي إلى اختلاف الأحوال الشخصية فيها باختلاف الأديان.

ومهما يكن من أمر فإنه يتعين استثناء الشخص المعنوي من مجال تطبيق المادة 10/1 من القانون المدني والذي يخضع فيما يتعلق بتنظيمه وإدارته والتصرفات التي تصدر منه لقانون الدولة التي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي والفعلي تطبيقا للفقرة الثالثة من نفس المادة، وإذا كان للشخص الاعتباري نشاط في الجزائر فإن التصرفات التي تصدر عنه تخضع تطبيقا للمادة 10/4 من القانون المدني للقانون الجزائري وحده.

2- الأهلية

تنص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم."

وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على ما يلي:

"ومع ذلك ففي التصرفات التي المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة."

وبناء على ذلك فإن المشرع الجزائري بصدد تحديده للقانون الواجب التطبيق على الأهلية نص على مبدأ عام تضمنته الفقرة الأولى للمادة 10 من القانون المدني، واستثناء جاء به في الفقرة الثانية من نفس المادة.

أ- المبدأ العام الوارد في المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري

تنص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري على إخضاع أهلية الأشخاص الطبيعيين لقانون الجنسية، غير أن الأهلية أنواع فهي إما:

أهلية آداء ويقصد بها صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية التي تكسبه حقوقا وتحمله بالتزامات ، وتنقسم إلى أهلية آداء **عامة** وهي الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة بأن يكون المتصرف مميزا وأهلية آداء **خاصة** تتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من القيام ببعض التصرفات القانونية رغم أنهم راشدون، ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة 420 من القانون المدني الجزائري من أنه لا يجوز للقضاء ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين والموثقين وكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه في الحالات التي يكون فيها النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا، وما نصت عليه أيضا المادة 408 من القانون المدني الجزائري من أن المريض مرض الموت إذا تصرف بالبيع فإن تصرفه لا يكون ناجزا إلا إذا أجازه باقي الورثة.

أو

أهلية وجوب: وهي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق والتحمل بالتزامات، والمقصود هنا صلاحية الشخص لآن يكون صاحب حق كأن يكون مالكا لعقار أو منتفعا به، أو أن يكون مكلفا بالتزام كأن يكون مدينا، وهي تثبت للشخص بمجرد الميلاد باعتبارها أحد مظاهر الشخصية القانونية.

فهل قصد المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المدني التي تخضع الأهلية لقانون الجنسية أهلية الآداء أم إنه قصد أهلية الوجوب؟ وإذا كان قد قصد أهلية الآداء فهل قصد أهلية الآداء العامة أم الخاصة؟

يتفق الفقه الجزائري على أن أهلية الآداء العامة هي التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة للمادة 10 من القانون المدني الجزائري وهي التي تخضع بالتالي لقانون جنسية المتصرف، والجنسية المقصودة هي الجنسية التي يحملها المعني بالأمر وقت إبرام التصرف، مما يعني أنه إذا قام الشخص بتصرف ما يعتبره قانون جنسيته أهلا للقيام به، فإن هذا التصرف يظل صحيحا حتى ولو أقدم هذا الشخص على تغيير جنسيته في تاريخ لاحق، وكان قانون جنسيته الجديدة يعتبره غير ذي أهلية.

ب- الاستثناء الوارد في المادة 10/2 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم الأهلية

بعد أن نص المشرع الجزائري في المادة 10/1 من القانون المدني الجزائري على وجوب تقدير أهلية الآداء بالنظر إلى قانون جنسية المتصرف، عاد لينص في الفقرة الثانية من نفس المادة على استثناء يتعلق بالحالة التي يتعاقد فيها جزائري مع أجنبي، ثم يتبين أن هذا الأجنبي كامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري ولكنه ناقص الأهلية طبقا للقانون الأجنبي.

والواقع أن نزاعا مماثلا كان قد عرض على محكمة النقض الفرنسية في قضية تعرف بقضية ليزاردي التي صدر فيها حكم محكمة النقض في 16 جانفي 1861 والتي تتعلق وقائعها بشاب مكسيكي يبلغ من العمر 23 سنة قام بشرا ء مجوهرات من متجر فرنسي وقام بتحرير سندات عليه بالثمن، وعند مطالبته بالسداد احتج بنقص أهليته على أساس أن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة.

غير أن محكمة النقض الفرنسية أيدت قضاة الموضوع في حكمهم القاضي بصحة السندات وإلزام الشاب المكسيكي بالدفع، وجاء في حيثيات الحكم "إنه لا يجوز أن يفترض في الشخص الفرنسي العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد، وعلى ذلك يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفة، وبغير رعونة، وأن يكون حسن النية. "

ذلك هو نفس ما اعتمده المشرع الجزائري بموجب المادة 10/2 من القانون المدني باعتبارها استثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بإخضاع الأهلية لقانون الجنسية، غير أن هذا الاستثناء لا يمكن تطبيقه إلا في حالة ما إذا توافرت جملة من الشروط هي:

- أن يكون التصرف ماليا، أما التصرفات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية فإنها لا تدخل في هذا الاستثناء

- أن يكون التصرف مبرما في الجزائر ومرتبا لآثاره فيها.

- أن يكون أحد الأطراف جزائريا كامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري وأن يكون الطرف الآخر أجنبيا

- أن يكون الأجنبي كامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري وناقصها طبقا لقانون جنسيته

- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، ومعنى ذلك أن يكون الطرف الجزائري حسن النية جاهلا بنقص أهلية الأجنبي، أما إذا كان نقص أهلية الأجنبي ظاهرا لا خفاء فيه فلا مجال لإعمال الاستثناء الوارد في المادة 10/2 من القانون المدني الجزائري.

3- الزواج

نقوم فيما يلي بتحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، مع العلم ما أن تحديد ما يندرج ضمن الشروط الموضوعية والشكلية، يعتبر مسألة تكييف تخضع للقانون الجزائري تطبيقا للمادة التاسعة من القانون المدني على النحو الذي سبق بيانه.

أ- الشروط الموضوعية المتطلبة في عقد الزواج

لا ينشأ عقد الزواج صحيحا ما لم يكن مستوفيا لجملة من الشروط الموضوعية وتتمثل في القانون الجزائري في تراضي الزوجين وتوافرهما على الأهلية إضافة إلى موافقة الولي وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

ويتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق لتقدير صحة عقود الزواج من الناحية الموضوعية أن نتناول بالتحليل نصين قانونيين هما المادة 11 من القانون المدني والمادة 13 من نفس القانون.

القاعدة العامة الواردة في المادة 11 من القانون المدني الجزائري

تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين."

ومعنى ذلك أن تقدير صحة عقد الزواج من الناحية الموضوعية يخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، فإذا تعلق الأمر بزوجين تونسيين مثلا فإن عقد الزواج يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إذا استوفى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون التونسي، وإذا تعلق الأمر بزوجين فرنسيين فإن عقد الزواج يكون صحيحا متى استوفى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الفرنسي.

وبناء على ذلك فإن تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين لتحديد صحة عقد الزواج موضوعا من عدمها لا يثير أي إشكال في حالة اتحاد جنسية الزوجان كما في المثالين السابقين، غير أن الأمور تختلف في الحالة التي تختلف في جنسية الزوج عن جنسية الزوجة كما لو كان أحدهما تركي الجنسية والآخر عراقي.

يثور في هذه الحالة إشكال يتعلق بتطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وهي حالة انقسم الفقه الدولي بشأنها إلى فرقين ذهب أولهما إلى وجوب تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين تطبيقا جامعا، بينما تمسك ثانيهما بوجوب التطبيق الموزع للقانونين.

ومقتضى التطبيق الجامع أن القول بصحة عقد الزواج من الناحية الموضوعية يتطلب أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني إضافة إلى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون الزوج الآخر، أما التطبيق الموزع فمقتضاه أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط.

هذا ويرى الفقه الجزائري أنه يتعين تطبيق قانون الجنسية المشتركة باعتباره قانونا يحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج تطبيقا موزعا باستثناء موانع الزواج التي يتعين تطبيقها تطبيقا جامعا، ومعنى ذلك أن صحة عقد الزواج تتطلب مسألتين تتمثل أولاهما في أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، وتتعلق ثانيهما بأن يكون كلا منهما خاليا من موانع الزواج المنصوص عليها في قانونه الوطني وموانع الزواج المنصوص عليها في قانون جنسية الزوج الآخر .

<u>الاستثناء الوارد في المادة 11 من القانون المدني الجزائري</u>

تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 والمادة 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج."

ومعنى ذلك أن الشروط الموضوعية لعقد الزواج تخضع للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، حيث أنه يتعين تقدير صحة عقد الزواج من الناحية الموضوعية في القانون

الجزائري بالنظر للقانون الجزائري وحده متى تبين للقاضي الجزائري أن أحد الزوجين كان حاملا للجنسية الجزائرية وقت إبرام عقد الزواج حتى ولو فقدها بعد ذلك.

ومع ذلك فإن تقدير أهلية الطرفين تبقى خاضعة للقاعدة العامة والتي يتعين بمقتضاها تقدير ما إذا كان الزوجان يتمتعان بالأهلية تطبيقا لقانون جنسية كل منهما، ومقتضى ذلك أنه يجب أن يكون الزوج متمتعا بالأهلية تطبيقا لقانونه الوطني وأن تكون الزوجة متمتعة بالأهلية تطبيقا لقانونها الوطني.

ب- الشروط الشكلية لعقد الزواج

المادة 19 من القانون المدني تحدد ضوابط الإسناد التي تحكم شكل جميع العقود وتنص على ما يلي:

"تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أن تخضع أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية."

ومعنى ذلك أن عقد الزواج يكون صحيحا من الناحية الشكلية إذا جاء محترما للشكل المطلوب في قانون محل الإبرام، أو ذلك الذي يتطلبه قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للزوجين.

ج - آثار عقد الزواج

يتعلق الأمر هنا بتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج وهي إشكالية لا يمكن أن تثور إلا إذا كان عقد الزواج صحيحا من الناحية الشكلية والموضوعية معا.

ج-1- الآثار الشخصية لعقد الزواج

تنقسم آثار عقد الزواج الشخصية إلى آثار شخصية محضة مثل حق الزوجة في زيارة أهلها وواجب احترام الزوجة لأهل زوجها، وآثار شخصية ذات طابع مالي كالتزام الزوج بالإنفاق على الزوجة، وهي جميعها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج تطبيقا للمادة 12/1 من القانون المدني.

غير أن المادة 13 من نفس القانون تنص وجوب تطبيق القانون الجزائري وحده في الحالة التي يكون فيها أحد أطراف العقد جزائريا وقت انعقاد الزواج، وهو استثناء يجد مجالا لإعماله في الحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبيا وقت إبرام عقد الزواج فقط، لأن الزوج إذا كان حاملا للجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج وجب إخضاع آثار عقد الزواج الشخصية للقانون الجزائري دون النظر في ذلك لما إذا كانت الزوجة جزائرية أو أجنبية.

ج-2- الآثار المالية لعقد الزواج

يقصد بالآثار المالية لعقد الزواج الآثار التي يرتبها الزواج على أموال الزوجين، والمعروف في الشريعة الإسلامية أن الذمة المالية للزوجة مستقلة عن الذمة المالية للزوج، غير أن المشرع الجزائري ارتأى أن يخرج عن هذا المبدأ بمناسبة تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 ، حيث نص في المادة 37 من هذا القانون على أنه "يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما."

وتحقيقا للتناسق بين النصوص القانونية ألحق المشرع الجزائري الآثار المالية لعقد الزواج بالآثار الشخصية له بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2005 حيث نص على إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بمقتضى المادة 12/1 من هذا القانون مع وجوب مراعاة ما جاء في المادة 13 من وجوب تطبيق القانون الجزائري وحده في الحالة التي يكون فيه أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج، وهو الاستثناء الذي يجد مجالا لإعماله عندما تكون الزوجة جزائرية والزوج أجنبيا وقت إبرام عقد الزواج فقط، لأن الزوج إذا كان حاملا للجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج وجب إخضاع آثار عقد الزواج المالية للقانون الجزائري دون النظر في ذلك لما إذا كانت الزوجة جزائرية أو أجنبية.

د- انقضاء الزواج

تخضع جميع طرق فك الرابطة الزوجية تخضع في القانون الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، مع وجوب مراعاة الاستثناء المنصوص عيه في المادة 13 من القانون المدني باعتبارها قاعدة إسناد أراد المشرع الجزائري من خلالها إخضاع فك الرابطة الزوجية للقانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج.

4- النسب

تنص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وإذا توفي الأب قبل ولادة الطفل فيطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته."

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يخضع النسب لقانون جنسية الأب باعتباره عنصر الثقل في العلاقة القانونية.

5 - الكفالة

تنص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل."

ومعنى ذلك أن صحة عقد الكفالة من الناحية الموضوعية يقتضي احترام الشروط الموضوعية المنصوص عليها في كل من جنسية الكفيل والمكفول معا، ويرى الفقه الغالب وجوب تطبيق هذين القانونين تطبيقا موزعا إلا فيما يتعلق بموانع الكفالة التي يتعين تطبيقها تطبيقا جامعا مما يعني وجوب خلو كل من الكفيل والمكفول من موانع الكفالة المنصوص عليها في قانونيهما معا.

أما صحة الكفالة من الناحية الشكلية فإنه يخضع لنفس ضوابط الإسناد التي تنص عليها المادة 19 من القانون المدني باعتبارها نصا عما يتعين تطبيقه بشأن جميع التصرفات القانونية.

هذا ويلاحظ في الأخير أن المشرع الجزائري ألحق التبني بالكفالة بالنص على أنه يخضع لنفس أحكامها لجهة تحديد القانون الذي يحكمها مع أن التبني ممنوع شرعا وقانونا بصريح عبارات نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري التي ما زالت سارية والتي تصطدم بوضوح مع مقتضيات قاعدة الإسناد المحددة للقانون الواجب تطبيقه لتقدير صحة التبني من عدمه، بشكل يظهر تناقض التشريع الجزائري، من حيث كونه يمنع التبني في إطار العلاقات الداخلية بما يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية، ثم يورد قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على نفس هذه العلاقة القانونية في حالة حصول تنازع للقوانين بشأنها.

ذلك أن تطبيق المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري كفيل بأن يجعل القاضي الجزائري يستبعد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الجزائرية في الحالة التي يتبين له فيها أن هذا القانون يجيز التبني، على أساس أن هذا القانون فيه مخالفة للنظام العام الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية فيما

يتعلق بالمسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية التي يتدخل فيها النظام العام بكل قوة باعتباره مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي، والتي لا يقبل بشأنها تطبيق الأثر المخفف للنظام العام.

6- النفقة بين الأقارب

تنص الماد 14 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها."

إن مجال تطبيق المادة 14 من القانون المدني الجزائري لا يشمل النفقة المستحقة للزوجة في مواجهة زوجها ، حيث أن النفقة المقررة للزوجة تخضع لنفس القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج مع مراعاة الاستثناء المتعلق بالحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية وقت إبرام عقد الزواج.

7- حماية القصر

تنص المادة 15 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يبين قانون الشخص الذي تجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين."

ومعنى ذلك أن الولاية على النفس تخضع لقانون جنسية المشمول بالحماية في القانون الجزائري وليس قانون جنسية القائم بالحماية، وهو نفس ما ذهبت إليه أغلب الدول العربية.

8- الميراث

تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على إخضاع الميراث لقانون جنسية الهالك وقت الوفاة، دون التفرقة في ذلك بين الميراث في المنقول والميراث في العقار، خلافا لما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي أخضع الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للمتوفى، وجعل الميراث في العقار خاضعا لقانون موقع العقار.

حيث أن قانون جنسية المورث وقت الوفاة هو الذي يسعف القاضي الجزائري فيما يتعلق بتحديد الورثة ونصيب كل وارث في التركة ونصيب كل واحد منهم، إضافة إلى موانع الميراث وحالات الحجب

وعلى العموم كل ما يتعلق بالأحكام الموضوعية للميراث، باستثناء وجوب احترام إجراءات الشهر والتوثيق التي تخضع لقانون موقع العقار في الحالات التي يتعلق فيها الميراث بعقار، ووجوب تطبيق القانون الجزائري في الحالات التي تشير فيها قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة أجنبية مخالف لقواعد النظام العام في الجزائر.

9- الوصية

الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت، ترتب آثارها بمجرد صدورها من الموصي، غير أن نفاذها يتوقف على وفاة الموصي وقبول الموصى له.

وبصدد تحديد القانون الذي يحكم الوصية في إطار العلاقات الدولية الخاصة يتعين التفرقة بين القانون الذي يحكم موضوع الوصية والقانون الذي يحكم شكلها.

أ- القانون الذي يحكم موضوع الوصية

أخضع المشرع الجزائري موضوع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة ملحقا إياها بجميع التصرفات التي ترتب آثارها بعد الوفاة، حيث تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على الوصية وجميع التصرفات التي تنفذ بعد الموت لقانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة.

هذا وإذا كان إخضاع الوصية من الناحية الموضوعية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته مسألة منطقية من حيث أن الوصية لا ترتب آثارها إلا ابتداء من تاريخ وفاة الموصي، فإن أهلية الإيصاء تخضع لقانون جنسية الموصي وقت إجراء الوصية لأن الأمر يتعلق بتقييم أهلية الموصي في هذه اللحظة بالذات.

ومع ذلك فإن تحليل المادة 16 من القانون المدني الجزائري يتطلب تحديد ما قصده المشرع بمصطلح التصرفات التي تنفذ بعد الموت التي ألحقها المشرع بالوصية وأخضعها لقانون جنسية المتصرف وقت الوفاة.

الواقع أن الأمر يتعلق هنا بتفسير قاعدة إسناد، ويجب أن يتم طبقا للمفاهيم السائدة في ظل القانون الجزائري من منطلق أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد بين طيات القانون المدني مادتين هما على التوالي المادة 1/776 المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت التي يكون المقصود بها التبرع والمادة 777 المتعلقة بالتصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بحيازة العين محل التصرف والانتفاع بها مدى الحياة .

حيث تنص المادة 1/776 على ما يلي: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف."

وتنص المادة 777 على ما يلي: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك."

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ألحق هذه التصرفات بالوصية وأخضعها لنفس القانون الذي يحكم موضوع الوصية ممثلا في قانون جنسية من صدر منه التصرف وقت وفاته.

ب- القانون الذي يحكم شكل الوصية

اهتم المشرع الجزائري بتحديد القانون الذي يحكم شكل الوصية بموجب القانون المدني القديم ملحقا إياها بجميع التصرفات التي تنفذ بعد الموت، وقد كانت ضوابط الإسناد في ظل هذا القانون ممثلة في قانون محل إبرام الوصية أو قانون جنسية الموصي وقت إجراء الوصية.

غير أن التعديل الذي لحق القانون المدني في سنة 2005 سكت عن حكم هذه المسألة حيث تم إلغاء النص المتعلق بالقانون الذي يتم على أساسه تقدير صحة الوصية والتصرفات الملحقة بها من الناحية الشكلية، بشكل يجعل القاضي الجزائري مضطرا لتفعيل نفس ضوابط الإسناد المنصوص عليه في المادة 19 من القانون المدني باعتباره نصا عاما يمكن تطبيقه بشأن الشكل المتعلق بسائر التصرفات القانونية بما فيها الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

10- الهبة

تختلف الهبة عن الوصية في كونها تصرف قانوني يرتب آثاره في حياة الواهب، وهي تخضع من حيث الموضوع تطبيقا للمادة 2/16 من القانون المدني الجزائري لقانون جنسية الواهب وقت إبرام الهبة مع وجوب عدم تعارض هذا القانون مع النظام العام الجزائري ووجوب مراعاة إجراءات التوثيق والشهر

في الحالات التي يكون فيها محل الهبة عقارا، أما من حيث الشكل فتخضع الهبة لنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري الذي تضمن أربعة ضوابط إسناد هي قانون محل الإبرام وقانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة والقانون الذي يحكم موضوع العقد المحدد في هذه الحالة بقانون جنسية الواهب وقت إجراء الهبة، مما يعني أن الهبة تكون صحيحة شكلا متى كانت محترمة للشكل المطلوب في أحد القوانين الأربعة السالفة الذكر.

11- الوقف

تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على إخضاع موضوع الوقف لقانون جنسية الوقف وقت إجراء الوقف، غير أنه يجب أن يكون هذا القانون غير مخالف للنظام العام الجزائري في جميع الأحوال، كما أنه يتعين مراعاة إجراءات التوثيق والشهر في الحالات التي يكون فيها محل الوقف عقارا.

ثانيا- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للالتزامات العقدية

نتناول فيما يلي تحديد القانون الذي يحكم كلا من موضوع العقد الدولي وشكل هذا العقد باعتباره عقدا متضمنا لعنصر أجنبي يجعله مرتبطا بأكثر من نظام قانوني ارتباطا يؤدي إلى البحث عن القانون الذي يحكمه باعتماد قاعدة الإسناد المناسبة.

1- القانون الذي يحكم موضوع العقد الدولي

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بعقار قانون موقعه."

<u>وبتحليل هذه المادة يتبين ما يلي:</u>

- أخذ المشرع الجزائري بقانون الإرادة كضابط للإسناد فيما يتعلق بالالتزامات العقدية.

- منح المشرع الجزائري الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد شريطة أن يقوما باختيار قانون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد المبرم بينهما.

- لم يبين المشرع الجزائري ما إذا كان يتعين إخضاع العقد لقانون الإرادة الصريحة فقط أم أنه يتعين على القاضي الجزائري البحث عن القانون التي اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيقه ضمنيا في إطار ما يمكن تسميته بقانون الإرادة الضمنية الذي اعتمده المشرع المصري بموجب المادة 19 من القانون المدني كضابط إسناد في مجال العقود الدولية بالنص على ما يلي:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه."

وفي الجواب عن هذا التساؤل انقسم الفقه إلى قسمين ذهب أولهما إلى وجوب الاكتفاء بقانون الإرادة الصريحة على أساس أن المشرع الجزائري لو رغب في الاعتداد بقانون الإرادة الضمنية لنص على إسناد العقود الدولية لهذا القانون كما فعل المشرع المصري بموجب المادة 19 من القانون المدني المصري، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب الاعتداد بقانون الإرادة الضمنية على أساس أن المشرع الجزائري يرى أن التعبير عن الإرادة قد يكون صراحة أو ضمنا.

هذا ولا يوجد خلاف فقهي على وجوب استبعاد أهلية التعاقد وشكل العقد من مجال فكرة الالتزامات العقدية الخاضعة لقانون الإرادة، حيث أن الأهلية لها قاعدة إسناد خاصة تخضعها لقانون الجنسية، كما أن الشكل له أيضا ضوابط اختصاص خاصة .

ومن جهة أخرى يتعين استثناء بعض العقود من إعمال قانون الإرادة باعتباره ضابط إسناد أصلي يحكم موضوع العقود الدولية عموما، وتتمثل هذه العقود إتباعا فيما يلي:

- ✓ **<u>العقود المتعلقة بعقار</u>**

هذه العقود مستثناة من مجال إعمال قانون الإرادة بصريح عبارات المادة 18/2 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن العقود التي يكون محلها عقار تخضع لقانون موقع العقار.

- ✓ **<u>عقود الأحوال الشخصية</u>**

تتحدد عقود الأحوال الشخصية في القانون الجزائري بالعقود المدرجة في قانون الأسرة كالزواج والهبة ولكل منها قانون يحكمه من حيث الموضوع.

- ✓ **<u>عقود العمل</u>**

هي عقود ثار بشأنها جدل فقهي واسع، غير أن الفقه الراجح يتمسك بوجوب إخضاعها لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ عقد العمل على أراضيها.

- ✓ **عقود الدولة**

هي العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها ويتجه الفقه الغالب إلى إخضاعها لقانون الدولة الطرف في العقد.

وفيما عدا الاستثناءات المتقدمة يمتد قانون الإرادة ليشمل كل ما يتعلق بتكوين العقد الدولي، كما أنه يمتد ليحكم آثار العقد الدولي أيضا شأنه في ذلك شأن باقي ضوابط الإسناد التي تضمنتها المادة 18/1 من القانون المدني الجزائري.

2- القانون الذي يحكم شكل العقد الدولي

تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

و ترجمة ذلك عمليا أن العقود الدولية تخضع من حيث شكلها في القانون الجزائري إما لقانون محل الإبرام أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون الجنسية المشتركة أو لنفس القانون الذي يحكم موضوع العقد.

ثالثا- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة لنظام الأموال

إذا كان المال المتنازع فيه مرتبطا بعلاقة قانونية تتجاوز حدود إقليم الدولة فإنه يطرح إشكاليتين:

الإشكالية الأولى:

تتعلق بتحديد وصف المال من حيث كونه منقولا أو عقارا وهو يخضع لقانون موقع المال تطبيقا للمادة 17/2 من القانون المدني الجزائري، وهو ما سبق التطرق له عند دراسة نظرية التكييف.

الإشكالية الثانية:

تتعلق بتحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية.

1- القانون الذي يحكم المال العقار

تنص المادة 17/2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار..."

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخضع العقار لقانون موقعه، وهو حكم لا يثير إشكالات قانونية لأن العقار ثابت، حيث لا يمكن نقله من دولة لأخرى لكونه جزء من إقليم الدولة.

غير أنه يلاحظ أن أهلية التعاقد ما تزال محل خلاف فيما يتعلق بتحديد القانون الذي يحكمها في الحالة التي يكون فيها محل العقد عقارا، حيث يتجه بعض الفقه إلى وجوب إخضاعها لقانون موقع العقار، بينما يتمسك بعضه بوجوب إخضاعها لقانون جنسية المتعاقد، وهو أكثر الآراء ترجيحا نظرا لارتباط الأهلية بشخص المتعاقد.

2- القانون الذي يحكم المنقول المادي

تنص المادة 17/2 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد بها المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

والجدير بالملاحظة أن قانون الموقع يحكم مبدئيا كل ما يتعلق بالمنقول المادي فيما يرتبط بطرق كسب الحقوق وطرق انقضائها وآثارها ، غير أن إخضاع المنقول لقانون موقعه يثير صعوبات عملية في الحالة التي يتم فيها نقل المنقول من مكان لآخر ضمن ما اصطلح على تسميته بالتنازع المتحرك، وهو ما نتعرض لموقف الفقه منه فيما يلي قبل البحث في موقف التشريع لجزائري من هذه الإشكالية.

أ- موقف الفقه من التنازع المتحرك أو المتغير

مقتضاه أن المال قد يكون موجودا في دولة ما ويتقرر له فيها حقوقا ثم ينتقل إلى دولة أخرى فيثور بشأنه، تساؤلا هاما يتعلق بتحديد ما إذا كان يتعين إخضاعه لقانون موقعه القديم أم الجديد.

وفي الإجابة عن هذا التساؤل ظهرت نظريتين تتمسك أولهما بإخضاع التنازع المتحرك لأحكام التنازع الزمني للقوانين، وتعتمد ثانيهما مبدأ النفاذ الدولي للحق.

<u>النظرية الأولى</u>:

مقتضاها وجوب إخضاع التنازع المتحرك لنفس المبدأ القانوني الذي يتم إعماله في مجال التنازع الزمني للقوانين بتطبيق القاعدة التي مفادها أن اللاحق ينسخ السابق، ومعنى ذلك أنه إذا انتقل المنقول من دولة لأخرى فإنه يجب إخضاعه لقانون الدولة التي انتقل إليها، دون النظر في ذلك إلى الحقوق التي تكون قد نشأت بشأنه في إطار قانون الدولة التي كان المنقول موجودا فيها ابتداء.

وترجمة ذلك عمليا أن تطبيق التنازع الزمني للقوانين معناه تطبيق قانون الموقع الجديد للمنقول إعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون.

ومثال ذلك أنه إذا اشترى شخص منقولا في ألمانيا ولم يتسلمه، ثم انتقل المنقول إلى فرنسا فإن هذا البيع يعد بيعا تاما طبقا للقانون الفرنسي الذي لا يشترط التسليم لنقل الملكية في المنقول، ولكنه بيع غير تام طبقا للقانون الألماني الذي لا تنتقل فيه ملكية المنقول إلا إذا تم تسليمه. فأي القوانين نطبق في هذا المثال؟ هل يجب إخضاع المنقول لقانون موقعه القديم الذي لا يرتب نقل الملكية إلا بتسليم المنقول، أم أنه يجب إخضاع هذا المنقول لقانون موقعه الجديد الذي لا يتطلب التسليم لنقل الملكية؟

يرى أنصار نظرية التنازع الزمني للقوانين وجوب تطبيق أحكام قانون الموقع الجديد، مما يترتب عنه تطبيق أحكام القانون الفرنسي في المثال المذكور والذي يتمكن بمقتضاه المشتري من التمسك بالملكية.

وتتمثل الانتقادات الموجهة لهذه النظرية فيما يلي:

- يفترض التنازع الزمني بين القوانين تنازعا بين قانونين صادرين في دولة واحدة أما التنازع المتحرك للقوانين فهو تنازع بين قانونين تابعين لدولتين مختلفتين.

- يؤدي التنازع بين القوانين إلى أن القانون اللاحق ينسخ القانون السابق أما في التنازع المتحرك فإن كلا القانونين يبقى ساريا في الدولة التي أصدرته.

- يمكن الأخذ بالأثر الرجعي للقانون الجديد في حالة التنازع الزمني للقوانين وهو ما لا يمكن إعماله في إطار التنازع المتحرك.

النظرية الثانية: نظرية النفاذ الدولي للحق المكتسب على المنقول

مقتضاها أنه إذا نشأ حق في دولة ما ورتب آثاره فيها، ثم انتقل إلى دولة أخرى فإنه يجب أن يتم الاعتراف له في الدولة الثانية بالآثار التي تقررت له في الدولة الأولى.

ويتطلب أنصار هذه النظرية لإعمالها أربعة شروط هي:

- أن يتعلق الأمر بحق نشأ فعلا في بلد الإنشاء

- أن يتعلق الأمر بنفاذ حق وليس بنشأته من جديد

- ألا ينشأ لهذا الحق حقا مضادا له في بلد النفاذ

- عدم مساس هذا الحق بالنظام العام لبلد النفاذ

- ألا يكون هذا الحق قد نشأ نتيجة غش نحو القانون الوطني أو الأجنبي

فإذا توافرت هذه الشروط ترتبت عنها جملة من النتائج هي:

يظل الحق متمتعا بالآثار القانونية التي ثبتت له طبقا لقانون بلد الإنشاء حتى ولو كان قانون بلد النفاذ لا يعترف له بهذه الآثار.

لا يترتب للحق آثار أخرى غير تلك التي يستفيد منها في قانون بلد الإنشاء حتى لو كان قانون بلد النفاذ يعترف له بمثل هذه الحقوق

لا يمكن التمسك بنفاذ حق في دولة لا يعترف نظامها القانوني به.

فإذا كسب شخص حقا على منقول طبقا لقانون موقعه القديم ثم انتقل المنقول إلى دولة أخرى، فإنه يجب أن تحترم الحقوق الناشئة في قانون الموقع القديم ما لم ينشأ في ظل القانون الجديد حق مضاد له.

ومثال ذلك أنه إذا اشترى شخص منقول في ألمانيا ولم يتسلمه مما يعني أن الملكية لم تنتقل طبقا للقانون الألماني الذي يتطلب التسليم لنقل الملكية، ثم انتقل هذا المنقول إلى فرنسا فإن المشتري لا يعتبر مالكا له طبقا للقانون القديم وبالتالي فلا ملكية له في فرنسا.

أما إذا تم الشراء في فرنسا ولم يتم تسليم المنقول للمشتري ثم انتقل المنقول إلى ألمانيا، فإن المشتري يعتبر مالكا طبقا لمبدأ الحق المكتسب ولا يمكن أن يباع المنقول ثانية في ألمانيا التي تشترط التسليم لنقل الملكية احتراما لمبدأ الحق المكتسب في هذا المنقول.

ب- موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك أو المتغير

يتبين من استقراء المادة 17 من القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري اعتمد نظرية النفاذ الدولي للحق بالنص على قانون الدولة الساري المفعول وقت تحقق السبب هو الذي يحكم دعاوى الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، وترجمة ذلك عمليا أنه إذا اشترى شخص منقولا في ألمانيا دون أن يتسلمه ثم انتقل هذا المنقول إلى الجزائر فإنه لا يمكن للمشتري التمسك بملكية المنقول طبقا للقانون الجزائري رغم أن نقل الملكية في المنقول لا تتطلب التسليم.

3- القانون الذي يحكم المنقول المعنوي

يشمل مصطلح المنقول المعنوي جميع الأموال غير المادية مثل حق المؤلف وحق المخترع وحق الملكية الفنية والأدبية والصناعية والحقوق الشخصية عندما يتم النظر إليها بصفتها مالا معنويا يتصرف فيه صاحبه بنقله أو رهنه عن طريق الحوالة.

وقد اهتم المشرع الجزائري بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2005 بتحديد القانون الذي يحكم المنقول المعنوي تفصيلا بموجب المادة 17 مكرر التي أوردت في فقرتها الأولى قاعدة عامة بالنص على أن الأموال المعنوية تخضع لقانون الدولة التي توجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عنه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة قام المشرع الجزائري بتحديد القانون الذي تخضع له عديد الأموال المعنوية بالنص على ما يلي:

يعد مكان وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه،

ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها،

ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو أودعا فيه،

ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال،

ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري."

رابعا- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للالتزامات غير العقدية

تنص المادة 1/20 من القانون المدني على إخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، أي أنه اعتمد القانون المحلي كضابط إسناد لحكم الالتزامات غير العقدية سواء كان الالتزام ناشئا عن فعل ضار أو عن فعل نافع.

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة عاد المشرع الجزائري لتخصيص الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار بحكم خاص مفاده أن قانون مكان وقوع الفعل الضار لا يسري في الحالات التي يعتبر فيها الفعل مشروعا في الجزائر، غير أن هذا الاستثناء يمكن الاستعاضة عنه بفكرة النظام العام، حيث أنه إذا كان القانون المحلي يعتبر الفعل الضار غير مشروع، وكان هذا الفعل مشروعا في الجزائر فإن القاضي الجزائري يكفيه استبعاد القانون الأجنبي على أساس مخالفته للنظام العام الجزائري.

ـ الإشكالات العملية التي يثيرها تطبيق القانون المحلي

عرض فقهاء القانون الدولي الخاص إشكالات عملية عدة تعترض تطبيق القانون المحلي سواء فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة أو النافعة، وتتمثل أهمها في الحالة التي تتعدد فيها العناصر المكونة للفعل الضار والحالة التي يختلف فيها مكان وقوع الفعل الضار عن مكان تحقق الضرر، وهو ما نكتفي به في هذه المحاضرات على أساس ان المسؤولية التقصيرية هي الأكثر شيوعا من الناحية العملية.

أـ إشكالية تعدد العناصر المكونة للفعل الضار

لو فرضنا أن شخصا اصطحب آخر من تونس إلى المغرب مرورا بالجزائر وكان يناوله بين الفترة والأخرى جرعة من السم القاتل إلى أن توفي عقب وصوله الى المغرب هذا المثال ساقها الفقه للدلالة على الحالة التي تتعدد العناصر المكونة للفعل الضار والتساؤل عن كيفية تحديد القانون المحلي باعتباره القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية.

والإجابة هي أن الفقه انقسم ما بين وجوب تطبيق قانون الدولة التي ارتكبت فيها آخر واقعة ملازمة لحدوث النتيجة أي القانون المغربي، ووجوب تطبيق قانون الدولة التي تحققت فيها الواقعة الرئيسية.

ب ـ إشكالية اختلاف مكان وقوع الفعل الضار عن مكان تحقق الضرر

يحدث عمليا أن يتم ارتكاب الفعل الضار في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى كأن يرسل شخص رسالة تتضمن سبا وقذفا إلى شخص آخر من دولة أ إلى الدولة ب، أو أن يتم تقليد علامة تجارية في دولة أ ويتم بيع البضاعة في دولة ب.

يثور في مثل هذه الحالات سؤال هام يتعلق بكيفية تحديد القانون المحلي فهل هو مكان وقع الخطأ أم مكان تحقق الضرر؟

الواقع أن فقهاء القانون الدولي الخاص انقسموا في الإجابة بين من يدعوا إلى إعمال قانون مكان وقوع الخطأ وبين من يتمسك بتطبيق قانون مكان تحقق الضرر، ومن يدعوا إلى تطبيق هذين القانونين معا، إما تطبيقا جامعا أو موزعا، ومن يرى تطبيق القانون المحقق لمصلحة المضرور، ومن يقيم رأيه على أساس التمييز بين المسؤولية الموضوعية التي تخضع لقانون مكان تحقق الضرر ، والمسؤولية الشخصية التي يرون إخضاعها لقانون مكان وقوع الخطأ.